

Sentencia T-023/08

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Alcance

LINEA JURISPRUDENCIAL SOBRE CIRUGIA DE BY PASS GASTRICO POR OBESIDAD MORBIDA

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA-Autorización por la EPS Sánitas de la cirugía de by pass gástrico por obesidad mórbida y la continuación del tratamiento integral que requiera la demandante

Referencia: expediente T-1702655.

Acción de tutela instaurada por Alina Margarita Vásquez Naranjo, contra EPS Sanitas.

Procedencia: Juzgado 15 Civil del Circuito de Cali.

Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., veintidós (22) de enero de dos mil ocho (2008).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado en segunda instancia por el Juzgado 15 Civil del Circuito de Cali, dentro de la acción de tutela promovida por Alina Margarita Vásquez Naranjo, contra EPS Sanitas.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión del mencionado despacho, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 9 de la Corte, el 21 de septiembre de 2007 eligió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

Por intermedio de apoderado, Alina Margarita Vásquez Naranjo presentó acción de tutela el 2

de mayo de 2007, ante el reparto de los Juzgados Civiles Municipales de Cali, correspondiéndole al Octavo, contra EPS Sanitas, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenido en la demanda.

Señala el apoderado que su asistida, de 32 años, se encuentra afiliada a EPS Sanitas desde octubre 11 de 2004.

Indica que a la mencionada señora un especialista de la Clínica de la Fundación Valle del Lili, adscrito a la EPS Sanitas, quien es su médico tratante, le diagnosticó "OBESIDAD SEVERA TIPO 2-IMC 37KG./M2", el 28 de febrero de 2007; luego, por "falla a múltiples tratamientos", le ordenó como alternativa terapéutica "CIRUGÍA BARIÁTRICA consistente en BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA, AUTORIZAR USO DE LIGASURE Y SUTURA MECÁNICA", diagnosticando además "apnea del sueño riesgo alto de enfermedad cardiovascular y muerte prematura por su obesidad extrema".

En la demanda de tutela se expresa que la enfermedad "pone en grave riesgo mi vida", disminuyendo "las probabilidades de una subsistencia en condiciones de DIGNIDAD". Indica también otras dolencias que padece, como "dolor de las articulaciones por artralgias de rodillas, lumbalgia mecánica".

Por lo anterior, solicita protección a la seguridad social y a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, e indica que la jurisprudencia constitucional ha reconocido este tipo de cirugías.

B. Documentación relevante cuya copia obra dentro del expediente.

1. Cédula de ciudadanía y carné de afiliación de Alina Margarita Vázquez Naranjo a la EPS Sanitas como beneficiaria, desde octubre 11 de 2004 (f. 1 cd. inicial).
2. Resumen de la historia de Alina Margarita en la Fundación Valle del Lili (Clínica de la Obesidad), a febrero 28 de 2007, indicando que es una "paciente con cuadro de obesidad por más de 5 años", "Obesidad Tipo 2- Severa, IMC de 37 Kg/m - Apnea del sueño", con falla a múltiples tratamientos, siendo candidata a "Bypass Gástrico por Laparoscopia... debe ingresar a tratamiento por grupo de obesidad, el tratamiento se inicia con la cirugía y debe

continuar manejo por grupo multidisciplinario de obesidad” (f. 2 ib.).

3. Historia clínica de Alina Margarita Vásquez Naranjo expedida por EPS Sanitas, en cuyo examen físico (punto V) se aprecia normalidad en cabeza, cuello, abdomen, extremidades, genitourinario, sistema nervioso y psiquiátrico; el punto VII de impresión diagnóstica manifiesta “obesidad” (fs. 3 a 5 ib.).

4. En orden de cirugía de la Fundación Valle del Lili, Clínica de la Obesidad, de febrero 28 de 2007, se lee sobre Alina Margarita Vásquez Naranjo: “Paciente de 31 años, con cuadro de Obesidad Tipo 2 – Severa por más de 5 años, con peso de 96 Kg y talla de 160 cm, para un índice de Masa Corporal de 37 Kg/m²”. Después de referir la situación clínica a que ya se efectuó mención, el médico tratante adscrito a la entidad denota que “este procedimiento no es estético, tiene clara indicación médica. La obesidad Tipo 2 – Severa es una enfermedad que pone en riesgo la vida de la paciente” (f. 6 ib.).

5. Derecho de petición radicado el 26 de abril de 2007, por Alina Margarita Vásquez Naranjo ante la EPS Sanitas, solicitando la autorización del procedimiento ordenado por el médico tratante adscrito a la empresa, quien ordenó la cirugía de bypass gástrico por laparoscopia con uso de sutura mecánica y ligasure (f. 7 ib.).

6. Facturas de cobro que reportan mora en obligaciones a cargo de Alina Margarita Vásquez Naranjo, a favor de Davivienda, Asociados del Transporte y EMCALI (fs. 24 al 26).

Vinculada al proceso en referencia, la Gobernación del Valle en oficio remitido en mayo 11 de 2007 por el Coordinador del Grupo Jurídico informó que “Margarita Vásquez, se encuentra vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, afiliada a la entidad Promotora de Salud EPS Sanitas, con diagnóstico de OBESIDAD SEVERA TIPO 2, que pone en riesgo la vida de la paciente, requiere para su salud de la CIRUGÍA BARIATRICA, consistente en BYPASS GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA CON LIGASURE Y SUTURA MECANICA”. Agregó que el procedimiento descrito no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud, pero por estar comprometido “el bienestar y salud de la persona” y por los problemas secundarios de salud, “cardiovasculares, endocrinólogos, problemas en las articulaciones, tumorales, respiratorios, gastrointestinales y otros”, debe ser realizado por la entidad promotora de salud (f. 27 ib.).

Afirmó también que la Corte Constitucional ha determinado que “cuando la salud y la vida de

las personas se encuentren grave y directamente comprometidas, a causa de tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, medicamentos no suministrados, etc, bajo pretexto puramente económico, aún contemplados en normas legales que estén supeditadas a la constitución deben inaplicarse”, indicando que EPS Sanitas, de acuerdo a la “Resolución No 2933 de 2006, expedida por el Ministerio de la Protección Social, debe realizarlo y luego recobrar al FOSYGA”, pues el Departamento de Salud del Valle del Cauca no es un ente prestador de servicios de salud (f. 28 ib) y debe ser exonerado en la presente acción.

D. Respuesta de EPS Sanitas.

Mediante oficio remitido en mayo 11 de 2007, la Administradora de la entidad demandada informó que Alina Margarita se encuentra afiliada a la entidad que representa en “calidad de cotizante independiente”, contando a la fecha “con 134 semanas de antigüedad al Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Agrega que le prescribieron una “CIRUGÍA BARIATRICA, UNA SUTURA MECÁNICA Y LIGASURE”, que no se encuentran incluidos en el POS. En consecuencia el afiliado, “debe financiar directamente los gastos” que sean generados con ocasión de la cirugía, toda vez que dicho servicio corresponde a “servicios adicionales a los incluidos en el POS”.

Aclara que la cirugía solicitada implica muchos riesgos y efectos secundarios, por lo que la paciente debe ser valorada por un comité interdisciplinario de psiquiatras, internistas, cirujanos, nutricionistas, deportólogos, lo cual no se ha realizado. Hace referencia a los posibles peligros de pacientes operados, indicando entre ellos la intolerancia permanente a los alimentos, vomito persistente, dolor abdominal, infección de la herida, reflujo etc., mientras que en la historia clínica no se encuentra evidencia que indique que la falta de la cirugía bariátrica coloque en riesgo su vida.

Si se considera que la señora Vásquez no cuenta con capacidad económica para sufragar el costo y en el caso de ser desestimados los argumentos de la administradora, pide “se ordene al FOSYGA que cancele directamente los servicios a la IPS que los brinde, o en su defecto que desembolse a la EPS Sanitas S.A. el valor del costo del mismo” (f. 42 ib).

E. Respuesta del Ministerio de Protección Social.

Mediante oficio remitido en mayo 11 de 2007, la Jefe de la Oficina Jurídica de dicho Ministerio

solicitó “se exonere a esta Entidad de las responsabilidades que se endilgan en la presente acción” y realizó una breve explicación sobre la cirugía y la importancia de la misma; indicó que la Resolución No 5261 de 1994, artículo 62, numeral 6°, consagra las intervenciones quirúrgicas abdominales, ante lo cual afirmó “que si se debe a razones funcionales la EPS debe cubrir los gastos sin necesidad de que exista fallo judicial al respecto.”

F. Sentencia de primera instancia.

En fallo de mayo 25 de 2007, el Juzgado 8° Civil Municipal de Cali tuteló de acuerdo a lo solicitado, luego de considerar que Alina Margarita Vásquez Naranjo se encuentra afiliada a EPS Sanitas en calidad de cotizante y consta que requiere del procedimiento cirugía “Bypass Gástrico por Laparoscopia con uso de sutura mecánica y ligasure”, debido al padecimiento de obesidad tipo 2 severa que presenta, historia de Apnea del sueño y alto riesgo de enfermedad cardiovascular y muerte prematura por obesidad extrema.

Afirmó que la entidad “no hizo pronunciamiento alguno respecto a la vinculación del Dr. José Pablo Vélez con la EPS, si (sic) se opuso a la presente acción, primero porque el procedimiento requerido no se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud y segundo porque la señora Vásquez no ha sido valorada por el Comité de obesidad.” (f. 50 v. ib).

Ordenó que EPS Sanitas en el término de 48, si no lo hubiere hecho y “aún cuando dicho procedimiento no se encuentre expresamente consagrado en el POS, quedando a salvo su derecho legal de solicitar ante el fondo de solidaridad y Garantía FOSYGA el reembolso de los costos que deba asumir para la atención de la paciente” correspondiéndole remitir a la paciente “ante el comité de obesidad, y previó concepto del mismo, ordene el tratamiento médico integral, tecnológico y científico requerido por la accionante, de acuerdo al diagnóstico del caso específico” (f. 51 ib).

G. Impugnación.

El Ministerio de la Protección Social, por intermedio de la Jefe de la oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo impugnó la decisión, al considerar que la orden dada en el referido fallo, que autoriza “a la EPS accionada a recobrar ante el FOSYGA”, no es viable porque la Cirugía Bariátrica, “es el término general que sirve para denominar el conjunto de procedimientos

quirúrgicos usados para tratar problemas relacionados con la obesidad o de exceso de peso. Algunos de estos procedimientos podrían estar cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud al estar descritos en la Resolución 5261 de 1994 Artículo 62 numeral 6 códigos 7630 y 7631.”

Repitió que si su ejecución es por razones funcionales, la EPS debe cubrirlos sin necesidad de que exista fallo judicial al respecto, por lo que cada caso debe ser estudiado “teniendo en cuenta el concepto del médico o profesional tratante”. Resaltó “que en el POS dicho procedimiento esta cubierto por vía abierta y no por vía laparoscopia.” y agregó que la sutura mecánica y ligasure se encuentran en el POS y la primera “no es considerada como tratamiento, sino que es un material usado en procedimientos quirúrgicos.” (fs 57 y 58 cd. inicial)

En consecuencia, solicitó revocar parcialmente el fallo, “en lo que respecta a la facultad otorgada a la EPS para repetir contra el FOSYGA”.

H. Fallo de segunda instancia.

El Juzgado 15 Civil del Circuito de Cali, el 5 de julio de 2007, revocó el fallo impugnado y en su lugar negó el amparo, al no aparecer en la historia clínica ni en la documentación aportada, que la actora hubiera agotado las etapas previas a la cirugía, estimando “indispensable que la paciente sea tratada por la EPS previamente lo cual no se ha cumplido en este caso, y si la paciente falla a estos tratamientos con especialistas, deberá la EPS si es necesario asumir el costo de dicha intervención con el fin de cumplir los postulados constitucionales”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta Corte es competente para decidir, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis.

Corresponde a esta Sala establecer, si a la actora se le han vulnerando los derechos

fundamentales a la salud, seguridad social y la vida en condiciones dignas, al negarle la EPS accionada el procedimiento “bypass gástrico por laparoscopia”, ordenado por el médico tratante debido a la obesidad severa tipo 2 que padece.

Para resolver el asunto sometido a consideración, la Sala estima procedente referirse previamente a la jurisprudencia sentada en decisiones judiciales anteriores, en lo relacionado con el caso bajo análisis.

Tercera. El derecho a la salud y en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia.

El derecho a la vida humana está establecido desde el preámbulo de la Constitución Política, por lo que la jurisprudencia de esta corporación ha sido reiterativa al afirmar que el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando la presencia de ciertas anomalías en la salud, aun cuando no tenga el carácter de enfermedad grave afectan esos niveles, se pone en peligro la dignidad personal. Resulta válido pensar que el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias y buscar la posibilidad de una vida que pueda llevarse con dignidad.¹ Al respecto la sentencia T-395 de agosto 3 de 1998., M. P. Alejandro Martínez Caballero, afirmó:

“Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible.”

También se ha aseverado que este derecho es de elevada trascendencia y debe interpretarse en un sentido integral de “existencia digna”, conforme con lo dispuesto en el artículo 1º Superior, que establece que la República se funda “en el respeto de la dignidad humana.”

Entre las ocasiones en que diversas Salas de Revisión de esta Corte, se han ocupado de solicitudes de amparo frente a alegaciones de vulneración al derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas, cuando las entidades que prestan el servicio se niegan a

autorizar la intervención ahora solicitada, ordenada por el médico tratante, puede efectuarse
breve referencia a las siguientes (las expresiones resaltadas en negrilla no están así en los
textos originales):

3.1. En sentencia T-264 de marzo 26 de 2003., M. P. Jaime Córdoba Triviño, se ordenó la
práctica de la cirugía bariátrica de “by pass” gástrico a un paciente, previa valoración de un
equipo médico multidisciplinario que determinaría la ineffectividad de otros tratamientos para
el problema de sobrepeso.

3.2. En Sentencia T-828 de agosto 10 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, se
confirmó la negativa de tutelar a favor de quien requería una cirugía bariátrica, pero sobre la
base de que en las pruebas quedó confirmada la convocatoria de un equipo de especialistas
que definirían si, después de un estudio multidisciplinario, el paciente respectivo sería
candidato a someterse a la cirugía correspondiente, porque a la fecha de presentación de la
tutela no había sido prescrita.

3.3. En la sentencia T- 1229 de noviembre 28 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentarías, se atendió
el caso de una señora afiliada al Sisben nivel 3, de 46 años de edad que solicitó “Bypass
Gástrico”, para aminorar un poco los problemas de salud ocasionados por el sobrepeso. La
Corte estimó importante que “previó a la realización del mencionado procedimiento
quirúrgico, y de que la accionante dé su consentimiento para el mismo, obtenga de todos y
cada uno de los médicos especialistas que de una u otra forma tengan dentro de su
conocimiento el manejo, tratamiento y control de las otras patologías que le han sido
diagnosticadas y que aparecen reseñadas en el último control médico, la información
necesaria acerca de los efectos que dicho procedimiento quirúrgico tendría en relación con
esas afecciones. Ello con el fin de que, estando plenamente informada la paciente, pueda de
manera libre y espontánea dar su consentimiento y autorizar le sea practicada la anotada
cirugía de BYPASS GÁSTRICO”.

3.4. En la sentencia T- 110 de febrero 19 de 2007., M. P. Rodrigo Escobar Gil ante una
accionante que padecía “obesidad mórbida” con un índice de masa corporal de 41, a quien la
respectiva ARS no autorizó la práctica de la cirugía de “bypass gástrico”, se ordenó la
práctica de todos los exámenes y procedimientos requeridos “como preparación para la
cirugía bariátrica, así como la realización de la cirugía misma de acuerdo con la prescripción

que efectuó su médico tratante, siempre que la paciente consienta en ello y que de los exámenes que se practiquen no se concluya que el estado de salud de la señora Clavijo Bernal impide la práctica de la referida cirugía.”

3.6 En sentencia T-639 de agosto 16 de 2007., M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte refirió que “debe haber un ‘consentimiento informado del paciente’, que consiste en la obligación que tienen los médicos especialistas, de informar de forma clara y concreta los efectos de la ‘cirugía bariática’, para que el o la paciente, manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al procedimiento”.

Cuarta. Caso concreto.

Sobre Alina Margarita Vásquez Naranjo, de 32 años, afiliada a la EPS Sanitas, el respectivo médico tratante pidió en febrero 28 de 2007 autorización de “bypass gástrico por laparoscopia”, con “ligasure y sutura mecánica”, ante; “obesidad tipo 2 severa... que pone en riesgo la vida” (f.6.cd. inicial)

Habiendose acudido a la acción de tutela para hacer efectiva dicha prescripción médica, el Juzgado de segunda instancia revocó el fallo que la había concedido, al redargüir que “no se evidencia en la historia clínica ni en la documentación aportada por la accionante que esta hubiera agotado las etapas previas a la cirugía de bypass gástrico por intermedio de la EPS a la que se encuentra afiliada” (f. 11 cd 2), no obstante que el médico había indicado: “Falla a tratamientos múltiples supervisados con dietas, medicamentos y ejercicio. Historia de apnea de sueño. Riesgo alto de enfermedad cardiovascular y muerte prematura por su obesidad extrema. Requiere tratamiento quirúrgico de obesidad con cirugía bariátrica, debido a la falla de los tratamientos no quirúrgicos...” (f. 6 cd. Inicial)

Frente a lo anterior, no acceder a la tutela impetrada redundaría, además de en reprochable indolencia, en patente violación de los derechos constitucionales a la seguridad social y a la salud en conexidad con la vida de Alina Margarita Vasquez Naranjo, que cuanto antes debe ser protegida de los riesgos referidos.

Sin embargo, debiendo preservarse la línea jurisprudencial que fue reseñada en el acápite anterior, se echa de menos documento u otra prueba acerca de que la

afectada hubiere sido “plenamente informada” por “los médicos especialistas” y que haya tomado conciencia y aceptado debidamente las contingencias que podría acarrear la intervención quirúrgica solicitada por medio de esta acción, esto es y en otras palabras que haya expresado su “consentimiento informado”.

De tal forma, será renovada la sentencia de segunda instancia y la EPS Sanitas autorizará la intervención quirúrgica a la señora Vásquez Naranjo para el “bypass gástrico por laparoscopia”, con “ligasure y sutura mecánica”, después de que médicos especialistas adscritos a la empresa accionada, en las respectivas áreas de manejo, tratamiento y control de lo diagnosticado, se pronuncien y le comuniquen a cabalidad y de manera clara las implicaciones y eventualidades del caso, para que de esta manera ella decida si se somete a la operación, con consentimiento informado.

Así, se ordenará a la EPS Sanitas, a través de su representante legal o quien haga sus veces en el Valle del Cauca, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia empiece a cumplir lo dispuesto, si aún no lo ha realizado, lo cual deberá concluir a la brevedad posible, como científicamente se determine y sometido a las condiciones de salud de la paciente, a quien se le continuará otorgando el tratamiento integral subsiguiente.

De otra parte, atendidas las razones que expuso la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, cuando parcialmente impugnó el fallo de primera instancia, sólo en cuanto autorizó “ a la EPS accionada a recobrar ante el Fosyga” estando el procedimiento incluido en el POS, único aspecto recurrido, al cual ha debido contraerse el ad quem, esta acción no da lugar a pronunciamiento alguno sobre tal autorización, situación que, de insistir en ella la EPS Sanitas, habrá de ser determinada de acuerdo a las disposiciones correspondientes y en un escenario diferente a esta acción de tutela.

III.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el 5 de julio de 2007 por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali, que había revocado la tutela concedida a la señora Alina Margarita Vásquez Naranjo el 15 de mayo del mismo año, por el Juzgado Octavo Civil Municipal de dicha ciudad. En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos de la mencionada señora a la seguridad social y a la salud, en conexidad con la vida digna.

Segundo.- En consecuencia, ORDÉNASE al representante legal de EPS Sanitas, o quien haga sus veces en el Valle del Cauca, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esa providencia, si no lo ha hecho, proceda a realizar una junta médica de especialistas en lo atinente a la obesidad severa que padece Alina Margarita Vásquez Naranjo y si así se determina científicamente, previa cabal información clara y conciente consentimiento de la señora, autorice la intervención quirúrgica indicada por el médico tratante a la señora Vásquez Naranjo para el “Bypass Gástrico por Laparoscopia”, con “ligasure y sutura mecánica”, con la debida continuación del tratamiento integral que requiera.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

AUSENTE EN COMISIÓN

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T- 224 de mayo 5 de 1997., M.P. Carlos Gaviria Díaz.